

JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL

Agapito Machado

Juiz Federal da 4ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Em que consiste o julgamento antecipado de um processo. 2 - Da Jurisdição penal e extrapenal. 3 - É possível o julgamento antecipado da ação penal se a Constituição Federal de 1988 assegura ao réu um processo legal que tenha início, meio e fim? 4 - O tema, aparentemente novo, já foi enfrentado desde o final da década de 80. 5 - Fundamento do julgamento antecipado da ação penal: analogia ao caput do art. 330 do CPC, notadamente o art. 3º do CPP e ainda art. 6º da lei 8.038/90 e 8.658/93. 6 - Casos concretos em que o julgamento penal pode ocorrer antes mesmo do final do processo judicial e por isso considerados antecipados sem que ocorra violação ao devido processo legal. 7 - O mais novo instrumento de defesa: prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual. Polêmica existente na Doutrina e na Jurisprudência. 8 - É evidente a possibilidade de julgamento antecipado da ação.

1. EM QUE CONSISTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM PROCESSO?

O processo é como um ser humano: nasce, cresce, se desenvolve, tem seus problemas e um dia morre, vale dizer, tem início, meio e fim.

O **nascimento** do processo, ou seja, o seu início se dá com o exercício do direito de ação pelo respectivo titular ou de seu representante legal, seja esse direito civil ou penal.

Se **desenvolve** com os atos de citação, defesa e instrução.

Tem seus **problemas** com os incidentes processuais de toda natureza, entre os quais se menciona no Código de Processo Penal: o de falsidade (art.145); de insanidade mental do acusado (art.149), além das questões incidentes (art.92 e seguintes).

Morre, ou seja, **tem fim**, com a sentença, vale dizer, em face de um pronunciamento definitivo por parte do Estado-Juiz que, em regra, é pela absolvição ou condenação do autor do fato e, destarte, fazendo coisa julgada formal e material..

É possível, todavia, que a **morte do processo** se dê prematuramente, ou seja, de modo antecipado.

O processo judicial, em alguns casos, bem sabemos, não necessita ultrapassar todas as suas fases e atos, até final sentença, até porque a morosidade depõe contra o Poder Judiciário que não elabora as leis, não instaura inquérito policial e nem oferece denúncia..

A morte antecipada do processo civil não é novidade em nosso Direito, eis que o Código de Processo Civil admite o julgamento antecipado na ação demarcatória não contestada (art. 955); na ação de prestação de contas (art. 915, parágrafo 2º) e mais comumente no art. 330 “*verbis*”:

“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art.319).

Diferentemente do processo penal em que ocorre várias vezes, no processo civil a revelia só ocorre uma vez e envolve matéria fática. E, mesmo assim, nos termos do art. 320, do referido Código de Processo Civil, a revelia não produz seus efeitos se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis e se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

No tocante aos direitos chamados indisponíveis, temos os privilégios das pessoas jurídicas de direito público, vale dizer, se um Procurador desses entes não oferecer resposta a uma demanda, não ocorrem os efeitos da revelia, devendo o Juiz determinar o prosseguimento do feito com as provas a serem produzidas pelo autor.

2. DA JURISDIÇÃO PENAL E EXTRAPENAL.

No Brasil, temos dois (2) tipos de jurisdição judicial: a penal e a extrapenal.

Tudo que não for penal é direcionado para a jurisdição extrapenal (civil, administrativo, processual civil, trabalho, civil, previdenciário etc).

O juiz brasileiro só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Melo), (RE n. 183.393-9, SP, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.6.95, pg. 18265), ou seja, afastando, no caso concreto, a incidência da lei inconstitucional ou não recebida pela Constituição Federal seguinte. Excepcionalmente atua como legislador positivo.

A bem da verdade, se o legislador brasileiro (Deputado e Senador) se omitir, vale dizer, deixar de elaborar as leis no âmbito da chamada jurisdição extrapenal, não haverá qualquer problema, eis que o Juiz, quando acionado, suprir-lhe-á a omissão, agindo como legislador positivo, vale dizer, aplicando, ao caso concreto, o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito).

Entretanto, em se tratando de jurisdição penal incriminadora, se o legislador pátrio (Deputado e Senador) for omissor, não regulamentando a Constituição, o Juiz não poderá suprir-lhe a ausência, na medida em que é a própria Constituição que instituiu como cláusula pétrea o princípio da reserva absoluta da lei que cria um tipo penal, o exacerba ou atinge as liberdades públicas.

O maior exemplo de que a ausência da lei, em sentido material e formal, impede o Poder Judiciário de substituir o Legislador, foi o problema da chamada “escuta telefônica” clandestina.

Portanto, no caso das “comunicações telefônicas” quando não existia a Lei 6.296/96, nenhum Juiz poderia autorizá-la, sendo pois prova obtida ilicitamente, além de ser crime para quem a praticasse (art. 151, § 1º, II, do Código Penal). Quer dizer: a escuta telefônica além de ter sido, desde 1988 até 1996, uma prova ilícita que não servia para condenar ninguém, nem mesmo o pior dos criminosos, constituía crime para quem a fizesse, crime esse previsto no art. 151, § 1º, II do Código Penal.

Sem que o Congresso Nacional, através dos Deputados e Senadores, cumprisse com o seu dever elaborando a Lei a que se refere o art. 5º, XII, da C.F./88, a “escuta telefônica” só poderia ser autorizada em casos excepcionais, como no Estado de Defesa (art. 136, § 1º, “c” da CF/88), para salvar por exemplo um seqüestrado ou absolver um inocente. Nem mesmo no estado de sítio poderia ser autorizada a sua quebra, sem que existisse lei vinda do Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, no Acórdão 69.912, Rel. Min. Pertence decidiu definitivamente e por 10(dez) votos a 1(um), quanto ao mérito, que

enquanto o Legislador (Deputado e Senador) não elaborasse a Lei a que se refere o art.5º,XII da CF/88, a “escuta telefônica” era uma prova ilícita e , como tal, nenhum Juiz poderia autorizá-la, o que reafirmou quando do Julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Melo (Ação Penal n. 307-3, DF,Rel.Min. Ilmar Galvão,DJU de 13.10.95, pg.34247).

Como bem lembrou Luís Roberto Barroso em Parecer de 26 de janeiro de 1995, publicado na Revista de Direito Administrativo nº 200(abril/junho/1995), pg.325/327, a decisão do STF no Acórdão 69912, no sentido de que enquanto o Congresso Nacional não elaborasse a lei da escuta telefônica nenhum juiz poderia autorizá-la, foi praticamente unânime, exceto o voto do então Ministro Paulo Brossard:”...no que diz respeito à ilicitude de interceptação telefônica, ainda que mediante autorização judicial, mas antes da edição da lei prevista no art. 5º, XII, da Constituição, houve praticamente consenso. Com exceção do Ministro Paulo Brossard, todos os demais - Os Ministros Pertence, Velloso, Rezek, Celso Mello, Marco Aurélio, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Moreira Alves e Gallotti - a maioria deles de forma explícita, remarcou a inadmissibilidade da gravação telefônica como prova. Escuta telefônica, ainda que autorizada pelo juiz, constitui, ante a ausência da lei reclamada pelo art. 5º, XII, da Carta Política, prova materialmente ilícita. A Lei Fundamental da República impõe, para efeito de atuação da norma que excepcionalmente autoriza a interceptação das conversações telefônicas, a edição - necessária e ineliminável - de ato legislativo que, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, indique as hipóteses e defina a forma como que se executará essa grave providência”.

Se, por exemplo, antes de 1996, ano da Lei nº 9.296, a Polícia prendesse alguém em flagrante, prova essa normalmente lícita, mas se essa prisão decorreria de uma ilicitude inicial (escuta telefônica clandestina), estaria também contaminado de nulidade esse flagrante, porque a prova nesse caso é ilícita por derivação. O STF acolheu também a chamada prova ilícita por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados).

O TRF da 5a. Região, por uma de suas turmas composta dos Juízes Lázaro Guimarães (Relator), Petrucio Ferreira e Nereu Santos, chegou a admitir como válida escuta telefônica resultando em prova derivada ilícita (caso dos “inhames”) e, pouco tempo depois, em 01.II.94, o mesmo TRF, no HC n. 449-PE, em que foi Rel. José Delgado resolveu, desta feita, quando não mais existia pressão da mídia, determinar o trancamento de ação penal proposta contra Antônio Cardoso da Ponte Neto, acusado de crime de fa-

vorecimento pessoal, por esconder Paulo César Farias, porque a polícia federal, da mesmíssima forma como fez no caso dos “inhames” teria montado escuta telefônica na residência do acusado.

Talvez o leigo não consiga entender como e porque um mesmo Tribunal julga diferentemente um mesmo caso, embora em momentos tão próximos, mas certamente compreenderá que a opinião pública às vezes pode influenciar em um julgamento judicial, como tem acontecido em todo mundo, até mesmo nos EUA.

No Brasil, não poderia ser diferente. É normal um Juiz mais corajoso no aplicar a Constituição de seu País, em situação na qual a opinião pública não quer aquela aplicação.

O importante de tudo é que, às vezes, decisões de juízes de primeiro grau (aqueles que assumem o cargo somente pela via do competente concurso público de provas e títulos e não pelas mãos de Políticos e até de Presidente cassado por corrupção, como gosta sempre de afirmar o Presidente do Senado Antônio Carlos Magalhães) são reformadas pelo Tribunal a que estão administrativamente vinculados e depois, em grau de recurso especial ou extraordinário, são restabelecidas na íntegra pelo STJ e STF, como os casos, entre tantos outros, por mim julgados como Juiz Federal da 4a. Vara e mencionados no M.S. nº93.0016954-8, Classe, Impetrante: Manuela Ariane Sampaio Maciel e impetrado: Reitor da Universidade Federal do Ceará e Presidente da Comissão Permanente de Transferência da UFC “*verbis*”:

“08. O chamado livre convencimento do juiz de 1º grau pode não corresponder ao mesmo do dos Tribunais que lhe reforme a sentença e nem por isso se pode dizer que um deles errou (o Juiz ou o Tribunal). Hans Kelsen bem explica o assunto ao dizer que a norma jurídica pode ensejar várias interpretações embora que uma só delas, segundo Vicente Greco Filho, seja o direito objetivo. E cumprir a Constituição não é favor, é obrigação do verdadeiro Magistrado. 09. Várias decisões (teses) deste Juiz (Agapito Machado) foram reformadas pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5a. Região e, depois, mantidas no Superior Tribunal de Justiça e até no Supremo Tribunal Federal. Relembremos apenas alguns casos: 1) No julgamento do M.S. promovido pela Construtora Mendes Júnior envolvendo a construção do Açude Castanhão (Concorrência nº 08/89 -

DGO/CT, do DNOCS), neguei a segurança para que ela, sozinha, fosse a vencedora e, portanto, permiti que todas as concorrentes participassem da concorrência, argumentando com a CF/88 e o próprio Estado Democrático de Direito. O Tribunal Regional Federal da 5a. Região, todavia, por MAIORIA, através do voto condutor do então Juiz e hoje Ministro do STJ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, reformou minha sentença para assegurar a apenas uma empresa, no caso, a Construtora Mendes Júnior, a construção da estrondosa obra (“Castanhão”), conforme AMS 2.039-CE. Interposto recurso por uma Construtora julgada prejudicada, o Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão no RESP 11.937-CE, Rel. Min. Américo Luz, por unanimidade, reformou a decisão do Tribunal Regional Federal da 5a. Região e restabeleceu na íntegra a minha decisão, denegando a segurança, portanto, tal como a havia denegado; 2) Desde o início da vigência da CF/88, sustentei que os processos imorais de ascensão e progressão funcionais eram inconstitucionais e o TRF da 5a.Região entendia que eram constitucionais e internamente, realizou esse tipo de seleção. O S.T.F, no Acórdão ADIN 213-7-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, manteve meu ponto de vista pela inconstitucionalidade. Afirmou também que todo concurso é público; 3) Sobre mensalidade escolar, o Tribunal Regional Federal da 5a.Região reformou também sentença que proferi a favor dos alunos para se conterem os absurdos preços das mensalidades. O STF, no Acórdão proferido pelo Min. Moreira Alves, na ADIN proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, reafirmou meu ponto de vista de que é legal o controle de preços das mensalidades escolares; 4) Logo no início do Plano Collor, muitos especialistas, inclusive membro do TRF da 5a.Região, em palestra proferida na UFC, admitia que poderia ser legal a retenção dos cruzados. Proferi a la. sentença sobre o assunto no Ceará e talvez na 5ª Região, dando pela inconstitucionalidade do bloqueio, o que foi depois confirmado por todos os Tribunais; 5) Defendi que o COFINS (LC 70/90) era constitucional, e o Supremo Tribunal Federal assim também decidiu; 6) Muitos defendiam que as causas de estatutários seriam julgadas pela Justiça do Trabalho. Escrevi em revista como a LTr, entre outras, e como magistrado julguei que a competência era da Justiça Federal (art.240 da Lei 8.112/90-se o servidor era federal), tese que foi con-

firmada pelo STF no ADIN 492-I; 7) Quando julguei o caso dos “inhames”, sustentei que as provas contra os réus haviam sido obtidas ilicitamente (prisão em flagrante apenas do motorista, confissão na polícia sob tortura e sem a indispensável assistência de advogado, garantida pelo art. LXIII do art. 5º da CF/88), bem como que as provas também colhidas pela Polícia através de escuta telefônica e ambiente, e que desencadearam as prisões, eram igualmente ilícitas (art.5º LVI da Cf/88), porque o legislador não havia ainda elaborado a lei a que se refere o art. 5º, item XII da CF/88. Mesmo assim, o Tribunal Regional Federal da 5a.Região, no Acórdão em que foi Relator o Juiz Lázaro Guimarães, acompanhado por Petrúcio Ferreira e Nereu Santos, reformou parcialmente minha sentença. E agora o Supremo Tribunal Federal liquidou o assunto no Acórdão nº 69.912-0-RS, de 30.06.93, reafirmando o que sustentei, ou seja: enquanto o Legislativo não editar a Lei a que se refere o inciso XII, do art. 5º da CF/88, a escuta telefônica, além de constituir prova obtida ilicitamente, não servindo para condenar ninguém, mesmo que autorizada por Juiz, poderá constituir crime previsto no art. 151, § 1º, II, do Código Penal, por quem a fizer. 10. Não será ocioso lembrar que, quem tem experiência de convivência em Colegiado (Tribunais), como o signatário desta, sabe muito bem que nos Tribunais (colegiados) o Relator do processo ou recurso (muitas das vezes) termina, sozinho, decidindo a questão, na medida em que os outros membros, já bastante preocupados com outros processos em que são relatores, terminam votando simplesmente “com o relator”. Isso implica dizer que a decisão de um Juiz monocrático (1º grau), termina mesmo, em alguns casos, sendo reformada por um único Juiz, ainda que de 2º grau, no caso, pelo Relator”, e, às vezes, com base mesmo em voto elaborado pelo seu assessor. Os exemplos aqui mencionados se referem ao eg.TRF da 5a. Região unicamente porque é àquela Corte Regional que este Juiz é administrativamente vinculado, sendo ela, portanto, em grau de recurso, a primeira a examinar as decisões deste Juiz”.

Antes de 1996, quando não existia a Lei nº 9.296, havia quem defendesse que, enquanto o Poder Legislativo não elaborasse a Lei da Escuta Telefônica, omissão essa injustificada e que demorou cerca de quase 8 (oito) anos (a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 05.10.88, e a Lei

nº 9.296 só surgiu em 1996), a Polícia teria de trabalhar com maior competência colhendo-a (a escuta telefônica), como sempre fez, mas não a levando para dentro dos autos para não acarretar a sua invalidade bem como das demais provas que dela derivassem. Isso bem mostra que a Polícia embora querendo trabalhar, o Congresso Nacional não lhe dava o instrumento legal, no caso a Lei, tendo ela (Polícia) de esconder do Juiz do processo, a prova colhida ilicitamente. E, quando não escondia a escuta do devido processo legal, a contaminava.

Em que pese fosse uma situação em que a Polícia atenderia aos anseios da sociedade e principalmente da mídia, o Min. Rel. Sepúlveda Pertence, do STF, ao apreciar o assunto no Acórdão 69.912-RS, já referido, condenou esse procedimento policial afirmando : “... 33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “fruit of the poisonous tree” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. 34. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “gravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. 35. Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha nos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida. 36. Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação das decisões condenatórias”.

No XV Congresso Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, no início de setembro de 1994 “reafirmou-se que qualquer prova obtida através da violação de um direito fundamental do cidadão, sem autorização dos legisladores, é processualmente nula. Ou seja, a escuta telefônica e os tão comuns “flagrantes armados” pela Polícia, não têm valor legal” (in Jornal do Comércio, Cidades, Recife, edição de 02 de outubro de 1994, domingo).

Em se tratando de caso envolvendo matéria penal incriminadora a atingir as liberdades públicas, em que o juiz não pode se substituir ao le-

gislador (o juiz não elabora a Constituição nem as leis, não instaura Inquérito Policial e nem oferece Denúncia), era necessário que os Parlamentares votassem logo o Projeto de Lei de escuta telefônica nº 3.514, do Deputado Miro Teixeira, que desde 1989 “dormia” entre a Câmara e o Senado. Todavia, somente por força do escândalo SIVAN, quando então não havia mais saída para tão gritante omissão, aprovaram rapidamente projeto do Governo que resultou finalmente na Lei nº 9.296/96.

Parlamentares que se intitulavam combatadores da grande criminalidade, mormente do tráfico ilícito de droga, com suas omissões em não lutar pela rápida aprovação da Lei da Escuta Telefônica, terminaram, ao contrário, dando uma grande ajuda a essa criminalidade, na medida em que o Juiz, sem a referida Lei, não poderia condenar ninguém.

Enquanto não concretizada a regulamentação da escuta telefônica, a Polícia deveria usar de mais inteligência para não trazer para o processo tais escutas, encontrando outra maneira de legitimar os flagrantes.

O que mais entristece o juiz é saber que a prova mais eficiente para combate à grande criminalidade ficou durante quase 8(oito) anos (de 1988 até 1996) dependendo unicamente da vontade dos políticos (Deputados e Senadores): a elaboração da lei da escuta telefônica nº 9.296/96 e que a mídia, ao invés de deles cobrar, agredia o Judiciário que não ostenta poderes para elaborar as leis nem a Constituição e muito menos pode instaurar inquérito policial ou oferecer denúncia.

Como se vê, seja porque o art. 57, inciso II, letra “e”, da Lei 4.117, de 21 de agosto de 1962 (Código de Telecomunicações) que admitia, na vigência da Constituição de 1946, a escuta telefônica por ordem judicial, já não havia sido recebido sequer pela Constituição Federal de 1967, seja porque ainda, desde junho de 1992 o STF decidira o assunto no Acórdão 69.912, não tem razão “data vênica” o eminente Desembargador do Tribunal de São Paulo, Marcelo Fortes Barbosa, ao admitir em seu excelente Livro “Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988”, ed. Malheiros, pg. 63, publicado em 1993, portanto, já depois da decisão do STF, insistindo em que antes da de nº 9.296/96 já existia lei admitindo a quebra do sigilo telefônico no caso a Lei nº 4.117/62 que teria sido recebida pela Constituição Federal de 1988 e até fazendo uma injusta crítica a um Juiz Federal no Ceará de que, a “pretexto” de que o art. 5º, XII da CF/88 não havia sido regulamentado, ter absolvido traficantes de drogas.

Podemos até não gostar. Mas é preciso se entender, de uma vez por todas, que a lei e a Constituição são, no Brasil, aquilo que o STF diz que é. O resto é conversa para “boi dormir”. E o STF, como público e notório, antes da Lei nº 9.296/96, anulou todas as decisões, inclusive do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual faz parte o ilustre Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, afirmando que nenhum Juiz ou Tribunal poderia condenar quem quer que fosse mediante prova resultante unicamente de escuta telefônica, enquanto o Congresso Nacional não cumprisse sua missão regulamentando o art. 5º, XII da Constituição Federal.

É também público e notório que o STF, através de seu ilustre Ministro, então Presidente Sepúlveda Pertence, insistiu bastante com os parlamentares e em especial junto ao Presidente do Senado, para que apressassem a regulamentação da escuta telefônica, eis que aquela Corte Suprema estava constrangida em ter de liberar traficantes de drogas que foram condenados unicamente com base nessa prova ilícita (escuta telefônica), mas consciente de cumprir a Constituição Brasileira que não foi elaborada pelo Poder Judiciário.

Portanto, não foi só um Juiz Federal no Ceará que absolveu traficantes de drogas a “pretexto” de que o art. 5º, XII da CF/88 não haver sido regulamentado, mas a nossa maior Corte Judicante - S.T.F. - que paira acima dos juízes federais, dos Desembargadores e demais magistrados.

E mais: o STF anulou todos os processos de réus condenados com base unicamente em escuta telefônica efetuada antes da Lei nº 9.296/96, ainda que com autorização judicial.

Destarte, nenhum Magistrado no Brasil, poderá condenar o pior dos criminosos com base unicamente em provas ilícitas ou obtidas ilicitamente, a não ser que se trate de um covarde, bajulador, rastejante ou fazedor de média com a opinião pública leiga. Alguém duvida que exista Juiz com esse perfil? Duvidem não.

A propósito, quando do julgamento do ex-Presidente Collor de Mello (Apelação Criminal 307-3, DF, DJU de 13.10.95, Ementário nº 1804-11), o Min. do STF, Ilmar Galvão afirmou: “é indubitável que a prova ilícita entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é

representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático”.

É interessante a diferença entre Interceptações e Gravações como meios eletrônicos de captação de prova, como bem demonstra Ada Pellegrini Grinover in “As nulidades no Processo Penal, Editora Malheiros, 1984, pg.141”verbis”

“Entende-se por interceptação telefônica a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um só deles. Quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, tem-se a gravação clandestina. Existem, portanto, várias modalidades de captação eletrônica da prova; a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com anuência de um dos interlocutores; c) gravação da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; d) gravação entre presentes, da conversa pessoal e direta, sem o conhecimento dos interlocutores, por um terceiro; e) gravação, entre presentes, da conversa pessoal ou direta, sem o conhecimento de um dos interlocutores, feita pelo outro ou por terceiro. Vê-se daí que se entende por interceptação telefônica em sentido próprio, a operação técnica efetuada por terceiro, enquanto a conversa se desenvolve. Há quem distinga, falando em interceptação quando nenhum dos interlocutores está a par da sua ocorrência em escuta telefônica, quando a interceptação é realizada com o consentimento de um dos interlocutores. Os demais casos - inclusive o de um interlocutor que grava sub-repticiamente sua conversa telefônica com terceiro, sem o conhecimento deste - não configuram tecnicamente interceptações, mas sim gravações telefônicas. As gravações clandestinas clandestinas sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiros, com o desconhecimento dos interlocutores, ou por um deles, sem o conhecimento do outro, não se enquadra na regulamentação do art. 5º XII da CF...No Brasil, divide-se a doutrina quanto à licitude da captação clandestina de conversas próprias, telefônicas ou entre presentes, sendo contudo, evidente a tendência de conferir-lhes tratamento diverso do destinado às interceptações telefônicas”.

Em resumo: na chamada jurisdição extrapenal, mesmo havendo omissão do legislador na feitura da lei, o Juiz brasileiro não fica impedido de decidir os casos concretos que lhe são submetidos, resolvendo-os aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, agindo, destarte, excepcionalmente, como legislador positivo. Na jurisdição penal incriminadora, todavia, a omissão do legislador em não editar a norma, impedirá que o Juiz o substitua, já que não pode aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, para criar um tipo penal, exacerbar o que existe ou criar obstáculos às liberdades públicas.

**3. É POSSÍVEL O JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL
SE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ASSEGURA AO RÉU
UM PROCESSO LEGAL QUE TENHA INÍCIO, MEIO E FIM?**

A CF/88, notadamente em seu art.5º assegura ao réu, entre outras garantias tipicamente penais:

- a não submissão à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (III);
- vedação ao anonimato (IV);
- direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (V);
- a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (X);
- a inviolabilidade da casa, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (XI);
- a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal (XII);
- o direito de petição e certidão (XXXIV);
- a não exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário a qualquer lesão ou ameaça a direito (XXXV);
- não haverá júízo ou tribunal de exceção (XXXVII);
- o reconhecimento da instituição do júri (XXXVIII);
- o princípio da legalidade penal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)- XXXIX;
- a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL);

- individualização da pena (XLV e XLVI));
- não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra externa; de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis (XLVII);
- a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e os sexo do apenado (XLVIII);
- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX);
- às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L)
- nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (LI);
- não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (LII);
- ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII);
- ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV);
- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV);
- são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI);
- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII);
- o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (VIII);
- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI);
- a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII);
- o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII);
- o preso tem o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV);

- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV);
- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI);
- não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (LXVII);
- conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (LXVIII);

Temos, ainda, fora do art. 5º a maioria penal que começa aos 18 (dezoito) anos (art.228 da CF/88), ficando, os menores dessa idade, sujeitos às normas da legislação especial (Lei 8.069/90).

Bem se vê que, notadamente o processo penal – *due process of law* – é instituído em benefício do réu, contra a prepotência do Estado.

“Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legítimo do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc, constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa”(in *As Nulidades No Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, 3ª edição, Editora Malheiros, pg. 19/20,SP).

Somente um Judiciário forte e verdadeiramente independente pode assegurar as garantias constitucionais e manter um Estado Democrático de Direito.

De nada valeriam aos cidadãos, as garantias constitucionais, se existissem Juízes descomprometidos com o Estado de Direito, covardes, rastejantes, bajuladores, carreiristas e principalmente “fazedores de média” para pousarem na mídia. O Juiz só se ajoelha diante de Deus.

Desde logo afirmamos ser perfeitamente possível o julgamento antecipado da ação penal, fazendo coisa julgada tanto formal quanto material, se isso, note-se bem, for de interesse do réu (autor do fato), em benefício de quem, repita-se, as Constituições Brasileiras e notadamente a de 1988, asseguram o devido processo legal, ainda que o Supremo Tribunal Federal, sob o tênue argumento de que o processo tem de chegar ao seu fim, seja contrário a esse tipo de julgamento.

4. O TEMA, APARENTEMENTE NOVO, JÁ FOI ENFRENTADO DESDE O FINAL DA DÉCADA DE 80.

Desde o ano de 1987, quando iniciávamos a difícil missão como Juiz Federal, na inesquecível Seção Judiciária do Piauí e nos tempos do saudoso Tribunal Federal de Recursos, após concurso de âmbito nacional e também quando sequer se cogitava do assunto – julgamento antecipado da ação penal e prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual - já decidíamos pela possibilidade desse tipo de julgamento, em casos de sonegação fiscal, quando vigia a Lei n. 4.729/65. Já no Ceará, proferi sentença que, para minha surpresa, foi integralmente confirmada pelo TRF da 5ª Região, em Acórdão que teve com o Relator o ilustre colega Dr. Castro Meira, conforme publicação na RTJE, vol. 80, da Editora Jurid Vellenich Ltda, “*verbis*”:

EMENTA. 1. Penal. Sonegação Fiscal. Réu primário, passível unicamente de pena de multa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.729/65 c/c art. 114 do Código Penal). Prescrição, em dois (2) anos, já consumada. Primariedade comprovada e aferível desde o início do devido processo legal. 2. Polêmica em torno da impossibilidade de decretação da extinção da punibilidade pela prescrição, antes de proferida decisão dando pela procedência da acusação, em face do cômodo entendimento firmado pelo extinto Tribunal Federal de Recurso, através

da Súmula nº 241. 3. O poder Judiciário, de quem tanto esperam os jurisdicionados, não deve, embora possa, se prestar à prática de atos absolutamente inúteis. 4. Se se concorda: a) com o cômodo entendimento firmado pela Súmula 241, do extinto TFR; b) que o fato delituoso data de mais de dois (2) anos, a prescrição deve ser decretada independentemente de decisão dando pela procedência da acusação (art. 61 do CPP). 5. A virtude do jurista e do magistrado está em mudar de opinião na procura incessante de resdescobrir o Direito, que se não confunde com a lei, produto da falibilidade humana. 6. “E aqui vai um conselho da experiência: não tenha o juiz a lei de cor. Se à força de manejar seu código chegar a decorar seus preceitos, busque esquecer. Sempre que tiver de aplicar uma lei, abra o código e leia o texto que entende aplicável. Leia-o em momentos diversos, em horas diferentes. Dessa leitura pode surgir inesperadamente uma nova interpretação benéfica. Durante mais de meio século os tribunais franceses leram o art. 1.382 do Código de Napoleão e o aplicavam tal como lhes soava sua letra. Um grave acidente que vitimou um grande número de operários que ficariam ao desamparo de uma necessária indenização, segundo a doutrina tirada do dito texto, levou um juiz estudioso a uma leitura do revelho artigo. E sem mudar uma só palavra do anoso texto, levou ao seu tribunal uma leitura nova, uma inteligência nova daquele versículo legal. Nesse dia, nasceu para o mundo ocidental, a teoria da responsabilidade sem culpa” (Eliezer Rosa , in A voz da Toga)

Eis o Acórdão do TRF- 5ª. Região, em que foi Relator o Juiz Castro Meira, decisão unân em 01.08.1991. PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. REUS PRIMÁRIOS. PRESCRIÇÃO . RECONHECIDA NA SENTENÇA A PRIMARIEDADE DOS RÉUS, A PENA DE MULTA TORNA-SE A ÚNICA PASSÍVEL, NOS TERMOS DO ART. PRIMEIRO, PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI 4729/65. DATANDO O FATO CRIMINOSO DE MAIS DE DOIS ANOS, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO QUE SE TORNA DESNECESSÁRIO O EXAME DO MÉRITO. APELAÇÃO IMPROVIDA”.

**5. FUNDAMENTO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL:
ANALOGIA AO CAPUT DO ART. 330, DO CPC, NOTADAMENTE
O ART.3º DO CPP E AINDA ART. 6º DA LEI 8.038,
ART. 1º 8.658/93 E ART. 516 DO CPP.**

Com exceção da Dinamarca, nenhum outro País do mundo, atualmente, segundo se tem notícia, adota o princípio da analogia em matéria penal incriminadora.

A analogia, todavia, quando for para beneficiar o réu pode ser aplicada, especialmente em matéria processual, em razão mesmo do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Desde que seja de interesse do réu, em benefício de quem, repita-se, existe na Constituição o devido processo legal, o julgamento antecipado da ação penal tem seu fundamento de validade expresso em dois (2) dispositivos bem conhecidos nossos, a saber:

a) art.6º da Lei 8.038/90 (“ A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§1º. No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º. Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II, do artigo 12, desta Lei”, e

b) art. 516 do CPP (“O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência de crime ou da improcedência da ação”).

Por outro lado, o art. 3º do Código de Processo Penal pode ser invocado “*verbis*”:

“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

Também pode ser invocado o art. 330, do Código de Processo Civil “*verbis*”:

*“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
I – quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
II – quando ocorrer a revelia (art.319;”*

Embora não se apliquem na área penal o inciso II, por óbvias razões, o mesmo não se pode dizer do caput e do inciso I, do art.330 do CPC.

6. CASOS CONCRETOS EM QUE O JULGAMENTO PENAL PODE OCORRER ANTES MESMO DO FINAL DO PROCESSO JUDICIAL E POR ISSO CONSIDERADOS ANTECIPADOS SEM QUE OCORRA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As causas extintivas da punibilidade ocorridas antes da decisão de mérito, estão listadas no art. 107 do Código Penal: morte do agente; anistia; abolitio criminis; decadência; perempção; renúncia; perdão do ofendido; reparação e prescrição.

Todavia, como a lista do referido artigo não é taxativa, temos ainda, no próprio Código Penal, como causas extintivas da punibilidade: a) o ressarcimento do dano no peculato culposo, que permanece no art. 312, parágrafo 3º; b) a hipótese de falso testemunho (art. 342 parágrafo 3º) e, citados ainda por Celso Delmanto in Código Penal Comentado, atualizado e ampliado por Roberto Delmanto, 3ª edição, RENOVAR, pg. 164), temos: c) a morte da vítima (não confundir com a do réu) nos delitos de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP.art.236) e de adultério (CP art.240); d) sentença absolutória estrangeira, na hipótese do CP, art. 7º, II, paragrafo 2º, d, la. parte).

O saudoso Celso Delmanto não aceitava como extintivas da punibilidade outras três (3) causas indicadas pela Doutrina a saber: a) cumprimento de pena no estrangeiro, por crime lá praticado (CP.art.7º II, parag.2º, d, última parte); b) término do período de prova do sursis; c) cumprimento do livramento condicional, eis que, para ele, o que elas extinguem é a pena, e não a punibilidade.

Previstas no **Código de Processo Penal**, temos também como causas que de certo modo extinguem a punibilidade:

a) a conciliação prevista no art. 520; b) a rejeição da denúncia ou da queixa (art.43); c) art. 516; d) art. 411 (absolvição sumária); e) absolvição imprópria, esta última prevista no Cod.Penal.

Previstas em leis especiais, temos como causas de extinção da punibilidade antes da decisão de mérito :

a) o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, nos crimes definidos na Lei 8.137, de 27.12.90 (art.34 da Lei n. 9.249, de 26.12.95);

b) no caso do art.89 parágrafo 5º da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), decorrido o prazo da suspensão condicional do processo sem sua revogação;

c) Lei 8.038/90 (art. 6º) e Lei n. 8.658/93

Quando estava finalizando a última correção de livro que estarei publicando em maio próximo, pela UNIFOR, sobre JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL, tomei conhecimento, através do ilustre colega e Juiz Federal no DF, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos, de que em Encontro realizado em Minas Gerais, no final do ano de 2000, pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, os Juízes Federais de MG e DF que ali estiveram presentes, aprovaram os seguintes enunciados relativamente ao JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL:

1) Cabe julgamento antecipado da lide em matéria penal, exceto para condenar (CF, art. 5º, LIV; CPP. Art.3º c/c art.330 do CPC);

2) É admissível o julgamento antecipado da ação penal nas hipóteses de: a) estar provada a inexistência do fato; b) não constituir o fato infração penal; e c) existir circunstâncias que exclua o crime ou isente o réu de pena (CPP. Art.386,I, III e V);

3) O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena em perspectiva é causa de julgamento antecipado da lide penal;

4) Em qualquer fase do processo penal, de ofício ou mediante provocação, pode o Juiz julgar antecipadamente a ação penal” (mvbastos@dftrf.gov.br).

7. O MAIS NOVO INSTRUMENTO DE DEFESA: PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA OU AINDA PROJETADA OU VIRTUAL. POLÊMICA EXISTENTE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.

O nosso direito pátrio determina que para cada crime há um prazo dentro do qual o Estado deve exercer o seu direito de punir o delinquente, o que se denomina de prescrição. Passado tal prazo, há uma renúncia do direito estatal de punir.

O direito positivo brasileiro reconhece (arts.109 a 119 do Código Penal) diversas modalidades de prescrição a saber: prescrição da ação propriamente dita; prescrição retroativa ou intercorrente; prescrição superveniente, todas, atingindo o próprio direito de punir do Estado como se o processo não tivesse existido (Súmula 186 do extinto Tribunal Federal de Recursos e pacífica jurisprudência dos demais Tribunais), e que, conforme a inusitada Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos “a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

Ainda prevista em lei (Código Penal. art.112) há a prescrição da execução da pena, onde, todavia, persistem todos os efeitos da condenação, exceto o recolhimento do preso ao cárcere.

Embora os Tribunais, notadamente o Supremo, não a acolham, mas dada à grande quantidade de processos a cargo dos Juízes (no Brasil há um juiz para cerca de 27.000 habitantes) não se pode ignorar a existência de outra modalidade: a prescrição em perspectiva ou antecipada ou ainda projetada ou virtual.

A propósito, em julgamento proferido na 4a. Vara Federal no Ceará, no Proc.94.4582-4, réus Antônio Fernandes e outros a acolhi, com os seguintes argumentos:

a) O STF, conservador que é, não vem acolhendo a chamada prescrição em perspectiva sob a tênue alegação de que inexistindo previsão legal não se pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto (RHC 66.913-DF, RTJ 135/590); RHC 76.153-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.2.98, cfe Boletim Informativo do STF nº 99, o que não implica dizer que nós Juízes de 1º grau, concursados, concordemos com aquela Corte, até porque diversas situações não previstas em Lei, desde que não prejudiquem o réu, são aplicadas no direito brasileiro a saber:

princípio da insignificância, inexigibilidade de conduta diversa, entre tantas outras, inclusive a prescrição pela pena abstrata, contra a qual o réu não pode se rebelar. Ademais, um Juiz Federal no Ceará conta com mais de 10.000 processos, mesmo depois de criadas 4 (quatro) Varas e redistribuídos os processos, não devendo perder tempo com atos inúteis;

b) Conforme escrevo em meu Livro “Questões Polêmicas de Direito”, Editora Del Rey, 1988, pags.219/233, a decretação da prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual, nenhum prejuízo causa ao réu, se este quer tal decretação;

c) O juiz brasileiro só está vinculado, ou seja, obrigado a seguir decisões do STF, conforme a própria CF/88, quando este as proferir em Ação Declaratória de Constitucionalidade. A chamada súmula vinculante, pelo menos até esta data (dezembro/2000) não passou na chamada Reforma do Judiciário;

d) quando sequer se cogitava do “nomem juris” - prescrição em perspectiva ou antecipada ou ainda projetada ou virtual, a acolhi, no início do ano de 1990, conforme sentença publicada na RTJE, vol.80, da Editora Jurid Vellenich Ltda, sentença essa que foi confirmada, por unanimidade, pelo TRF da 5a. Região, em julgamento de 01.08.1991, rel. Juiz Castro Meira, já mencionado no item 4, deste Livro;

e) O Superior Tribunal de Justiça, na turma do Ministro Edson Vidigal, e por unanimidade, também entende aplicável a prescrição ou ainda projetada ou virtual ao afirmar “...2. sendo o acusado primário e de bons antecedentes, considerando que houve, antes da ação penal, por ato voluntário, ressarcimento da coisa, hipótese em que se reduz a pena a grau máximo, decreta-se a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva (HC nº 4795-SP, unanime, DJ de 29.10.96,pg.41670);

f) Conforme Júlio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Atlas, pags. 415 a 416, o próprio STF, com fundamento no princípio que proíbe a reformatio in pejus indireta, tem admitido que se pode decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda virtual ou projetada, com base na pena fixada em sentença anulada em recurso exclusivo da defesa (RTJ 17/155, 40/474, 32/54-5; RT 607/416, 658/369, 660/371, 666/304-5, 682/304-5, 682/337, 691/379; RJDTACRIM 3/218, 6/12, 9/131; JTAERGS 67/127, 81/74, 84/52). E continua Mirabete: “Anulada a sentença em recurso exclusivo da defesa, a prescrição continua a ser contada com base na pena em concreto de decisão anulada, uma vez que,

vigindo o princípio que proíbe a reformatio in pejus, não pode ser ela aumentada (item 12.4.II, RT 605/404, 636/364)”.

Como lembrado por Fernando Capez, in Curso de Direito Penal, Parte Geral, I, Editora Saraiva, pg.569 ” Confirmando o arquivamento do inquérito policial pelo procurador-geral de Justiça, com base na prescrição virtual, não cabe ao Poder Judiciário questionar essa decisão do Ministério Público, sendo impossível o reexame do mérito (nesse sentido: STF, Inquérito n. 1.085-5/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, Seção I, 29.2.96, p.4853; STF, Inquérito n. 1.158-4/DF, rel. Min. Octávio Galloti, DJU, Seção I, 5.3.96,pg.5514).

Portanto, em circunstância como a mencionada acima, é possível ao advogado obter sucesso ao pleitear em 1º grau, em simples petição, a decretação da prescrição antecipada/perspectiva ou ainda projetada ou virtual principalmente quando mostre ao Juiz que ao réu em benefício de quem existe o devido processo legal, interessa aquela decretação.

8. É EVIDENTE A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL, PELAS SEGUINTE RAZÕES :

8.1 - O magistrado consciente de seu papel não deve perder tempo em praticar atos inúteis;

8.2 - O devido processo legal sempre foi estabelecido pelos Constituintes, inclusive o de 1988, em benefício do réu e não do Estado;

8.3 - Se o réu manifestar desejo de que o juiz decrete a extinção de sua punibilidade.

8.4 - Se havendo condições de decretar a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva, antecipada ou ainda projetada ou virtual e o juiz não o fizer, desde logo, simplesmente perderá tempo com a prática de atos inúteis, tais como interrogatório, ouvida de testemunhas, diligências, alegações finais, sentença e depois de vários anos em que a sentença condenatória transitar em julgado para a acusação, necessariamente terá de ser decretada, depois, a prescrição retroativa (outra modalidade), hipótese que, segundo a inusitada Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos impedirá o próprio recurso apelatório do acusado, o que bem mostra que a decretação da prescrição é obrigação de ofício do Juiz, por se tratar de matéria de ordem pública, devendo o magistrado declará-la em qualquer

fase do processo (art.61 do CPP) e até mesmo contra a vontade do réu que busque sua absolvição;

8.5 - No caso de sentença anulada, o próprio STF não tem deixado de atender a pedido do chefe do Ministério Público, É que, conforme Júlio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Atlas, pags. 415 a 416, o próprio STF, com fundamento no princípio que proíbe a reformatio in pejus indireta, tem admitido que se pode decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda virtual ou projetada, com base na pena fixada em sentença anulada em recurso exclusivo da defesa (RTJ 17/155, 40/474, 32/54-5; RT 607/416, 658/369, 660/371, 666/304-5, 682/304-5, 682/337, 691/379; RJDTACRIM 3/218, 6/12, 9/131; JTAERGS 67/127, 81/74, 84/52). E continua Mirabete: “Anulada a sentença em recurso exclusivo da defesa, a prescrição continua a ser contada com base na pena em concreto de decisão anulada, uma vez que, vigindo o princípio que proíbe a reformatio in pejus, não pode ser ela aumentada (item 12.4.II, RT 605/404, 636/364)”.

8.6 - É incontroverso que a prescrição da pretensão punitiva sobre-põe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal (cfe Celso Delmanto, in “Cod.Penal Comentado”, RJ/ Renovar, 4ª edição, 1998, p.191), e, conforme José Fernando Marreiros Sarabando (in Boletim IBCCRIM ano 8, n.89, abril 2000, pg.3) “...tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma de jus puniendi, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide, ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa...há preponderância da decisão extintiva da punibilidade sobre a que decreta a absolvição do réu....desaparecido o direito estatal de ver julgada a lide, tão somente há o juiz de declarar extinta a punibilidade, sustando de pronto o ferimento do mérito (RT 602/235, 652/312, JUTACRIMSP 19/105, 54/422, RTFR 124/195 etc), porquanto, tratando-se de matéria preliminar, impede a análise do merecimento da causa, ainda que eventualmente fosse a hipótese de absolvição do réu (RT 614/316, 646/299, etc)”.

8.7 - O juiz somente não deve decretar a prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual quando puder descobrir, durante a instrução processual, outro crime cuja pena, por ser maior, ainda não esteja prescrita, para dar cumprimento ao art. 40 do CPP.

(obs) - parte do Livro JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL já entregue à UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR) cuja previsão para lançamento está marcado o próximo mês de maio.